

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Aspects juridiques de l'utilisation du télécopieur = Legal considerations of using the telecopier

Amory, Bernard; Thunis, Xavier

Published in:

Droit de l'Informatique et des Télécoms

Publication date:

1988

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Amory, B & Thunis, X 1988, 'Aspects juridiques de l'utilisation du télécopieur = Legal considerations of using the telecopier', *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, Numéro 4, p. 35-39.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Aspects juridiques de l'utilisation du télécopieur* Legal considerations of using the telecopier

par Bernard AMORY

Assistant au Centre de Recherches
Informatique et Droit (C.R.I.D.)
Membre du Cabinet juridique Dechert,
Price and Rhoads

et Xavier THUNIS

Directeur-adjoint au Centre de Recherches
Informatique et Droit (C.R.I.D.)
Faculté de Droit de Namur

Résumé. L'utilisation de plus en plus fréquente des télécopieurs oblige à prendre en compte les problèmes juridiques qu'elle soulève. Ils concernent tout la force probante du document télécopié que les risques afférents à la transmission.

En l'état actuel du droit et de la technique, il semble difficile d'accorder une valeur probante particulière aux documents télécopiés et la prudence invite à régler le problème des risques dans le cadre d'accords contractuels.

Summary. The growing use of telecopiers raise legal problems concerning not only the evidentiary value of the document telecopied but also the transmission risks. In the current state of the law and technique, it appears difficult to accord a particular evidentiary value to telecopied documents and the risks should be addressed in the contracts.

Introduction

La présente note a pour objet d'identifier les principales questions juridiques soulevées par l'utilisation du télécopieur dans les relations entre deux agents économiques et de proposer des réflexions en vue de résoudre les problèmes posés. Ces réflexions sont émises à partir de l'exemple des relations entre une institution financière et son client. Elles sont applicables, mutatis mutandis, à des relations entre d'autres agents économiques.

Les questions soulevées touchent d'une part à la valeur probante de la télécopie et d'autre part à l'imputation des risques liés à la transmission de messages par télécopieur.

Dans le cadre de la présente note, on entend par "télécopieur", l'appareil permettant la photocopie de documents et leur transmission à distance par télécommunications. Cet appareil peut être utilisé pour la transmission de messages entre un client et son institution financière par exemple pour la remise d'instructions (virements, recouvrements, ordres de bourse, ...)

1. La valeur probante de la télécopie

Comme son nom l'indique, la télécopie est une forme de copie. Elle constitue en effet une transcription d'un original, transmise par télécommunications. A l'occasion de sa transmission, des informations supplémentaires par rapport à une simple copie peuvent y être imprimées : par exemple, le jour et l'heure de la réception, le numéro de téléphone de l'appareil de l'expéditeur, l'identité de ce dernier (éventuellement en abrégé) et la pagination.

Ci-après figure un rappel des principes régissant la valeur probante des copies et une application de ces principes au type particulier de copie que constitue la télécopie.

1. Rappel des principes

Le régime probatoire de la copie est régi dans les articles 1334 à 1336 du Code civil qui, de façon générale, confèrent à la copie une force probante restreinte par rapport à celle qui est accordée aux titres originaux. Ces dispositions établissent une distinction entre la valeur probante de la copie d'un acte authentique et celle d'un acte sous seing privé. Etant donné que

l'usage du télécopieur dans les relations entre les institutions financières et leurs clients concerne essentiellement des actes sous seing privé, seule la valeur probante des copies de cette catégorie d'actes retiendra notre attention dans la présente note.

En droit civil, la copie d'un acte sous seing privé n'a jamais la force probante de l'acte sous seing privé puisque celui-ci emprunte sa force probante privilégiée à la signature de celui auquel on l'oppose (1). De même, en matière commerciale, une copie ne fait pas preuve si sa conformité avec l'original est contestée (2). Tant en droit commercial qu'en droit civil, une copie peut valoir comme présomption et comme commencement de preuve par écrit ce qui ouvre la porte à des moyens de preuves complémentaires (par exemple le témoignage).

Dans les rapports entre commerçants au sens du Code de commerce, le régime de la preuve en droit commercial sera seul applicable. Dans les rapports entre un commerçant et des non-commerçants, seuls ces derniers pourront invoquer à l'égard du premier le régime de la preuve en droit commercial tandis que l'institution financière devra respecter les règles du droit civil de la preuve à l'égard de ses clients. On notera cependant que le télécopieur est en pratique principalement utilisé par des commerçants.

Enfin, on rappellera que la réglementation de la preuve n'est pas d'ordre public. Il peut donc y être dérogé par convention entre les parties (3).

2. Application à la télécopie

Lorsqu'un message est transmis par télécopieur entre une institution financière et son client, il existe au moins deux documents sur la force probante desquels il est permis de s'interroger.

D'une part, il y a le document d'expédition contenant le message écrit et probablement signé par l'expéditeur (par exemple une instruction de paiement). Ce document d'expédition se présente sous forme d'un document écrit traditionnel conservé tel quel par l'expéditeur.

D'autre part, il y a le document de réception par le destinataire sous forme d'une télécopie.

Si une contestation survient sur le contenu du message (par exemple, dans le cas d'une instruction de paiement, une contestation quant à l'identité du bénéficiaire ou

quant au montant à payer) et que surgit une distorsion entre le contenu du message tel qu'il apparaît sur le document d'expédition et le document de réception, il convient d'examiner la force probante respective de ces documents.

Le document de réception constitue, ainsi qu'il a déjà été souligné ci-dessus, une copie et à ce titre, il n'a aucune force probante si ce n'est la valeur d'une présomption. En effet, la télécopie (document de réception) n'étant pas revêtue de la signature manuscrite de l'auteur du message, elle n'a aucune valeur probante à l'égard de celui-ci.

Le document d'expédition, en principe écrit, signé et conservé par l'expéditeur, n'a pas non plus la valeur probante d'un acte sous seing privé à l'égard du destinataire puisqu'il n'est pas signé par ce dernier et n'est pas contradictoire.

On se trouve donc en présence de deux documents qui n'ont ni l'un ni l'autre la force probante privilégiée d'un acte sous seing privé. Le document de réception pourra valoir comme commencement de preuve par écrit puisqu'il s'agit d'une copie et qu'il est généralement admis (4) que la copie répond à l'exigence de l'article 1347 du Code civil selon laquelle le commencement de preuve par écrit doit émaner de celui à qui on l'oppose. Le document de réception émane, en principe, de l'expéditeur c'est-à-dire de celui à qui on l'oppose. Le document de réception pourra ainsi valoir comme présomption.

Quant au document d'expédition, il n'émane pas de celui à qui on l'oppose (il est produit et conservé par l'expéditeur). Il ne constitue donc pas un commencement de preuve par écrit mais aura éventuellement la force probante des livres de commerçants ou de papiers domestiques définie aux articles 1329 à 1331 du Code civil.

Il se peut que les parties établissent un échange de messages par télécopieurs (par exemple, l'institution financière accuse réception par télécopieur du message reçu de son client et par la même occasion informe celui-ci qu'elle y donne suite). En droit commercial un échange de lettres constitue un acte sous seing privé jouissant de la force probante reconnue à ceux-ci. Un échange de messages par télécopieurs ne peut, à notre avis, être assimilé à un échange de lettres du point de vue de la force probante. En effet, en cas d'échange par télécopieur chaque partie conserve le document signé par elle et le document

reçu n'est qu'une copie de celui-là alors qu'en cas d'échange de lettre chaque partie dispose du document signé par l'autre. Puisque l'acte sous seing privé tire sa force probante de la signature de celui à qui on l'oppose, on doit admettre qu'un échange de messages par télécopieur n'équivaut pas à un acte sous seing privé jouissant d'une force probante privilégiée.

On notera cependant que certains auteurs (5) considèrent que l'utilisation d'un code secret pourrait être assimilée à une signature. Sur base d'une telle conception fonctionnelle de la signature, on devrait considérer qu'un échange de messages par télécopieurs assortis de codes secrets constituerait un acte sous seing privé.

Une telle conception fonctionnelle de la signature ne répond pas, selon nous, à la définition de cette notion généralement admise dans notre droit qui exige d'une part que la signature soit manuscrite et d'autre part qu'elle permette l'identification de la personne qui en est l'auteur. Or le code secret n'est pas manuscrit et ne permet pas l'identification d'une personne mais seulement la reconnaissance du titulaire d'un moyen d'accès (6).

3. Conclusion

Il résulte de ce qui précède qu'en cas de transmission ou d'échanges de messages par télécopieur, ni le document d'expédition ni le document de réception ne revêtent une force probante particulière. En matière commerciale, la valeur probante de ces documents sera soumise à la libre appréciation du juge.

En matière civile, c'est-à-dire dans le cas où une institution financière serait amenée à devoir prouver à l'égard d'un client non-commerçant, la télécopie vaudra comme présomption et, en tant que commencement de preuve par écrit, permettra d'apporter des preuves par témoignage.

Enfin, on précisera qu'à notre connaissance il n'existe pas de jurisprudence belge relative à la force probante de la télécopie.

II. L'imputation des risques de transmission

Après avoir déterminé la force probante d'une télécopie au regard des principes énoncés par les articles 1334 et suivants du Code civil, il importe maintenant de déterminer qui, de l'institution financière ou du client, supporte les risques de fraude ou d'erreur de la transmission par télécopie du

document.

On raisonnera principalement à partir de l'exemple d'un ordre de virement transmis par télécopieur par le donneur d'ordre à l'institution financière. Trois types de risques peuvent être envisagés.

1. Perte ou retard dans la transmission du document

Le donneur d'ordre assume le risque du mode de transmission choisi (7).

Sur le plan pratique, la perte ou le retard sur télécopie seront en principe rapidement constatés et il pourra y être porté remède par utilisation d'un autre mode de transmission. On insistera sur le fait que le donneur d'ordre assume le risque du moyen de transmission pour autant qu'il l'ait choisi. Pour faciliter la preuve de ce choix, on pourra l'indiquer dans le préambule d'une convention éventuelle passée avec le client.

2. Qu'en est-il des erreurs de transmission menant à une distorsion entre le document d'expédition détenu par le donneur d'ordre et le document de réception ?

Selon H. De Page, (8), "les principes qui précèdent (suivant lesquels chacune des parties assume les risques de la perte ou du retard de la transmission de sa déclaration de volonté) s'appliquent intégralement ..."

C'est là dire que l'émetteur (le donneur d'ordre) doit supporter le risque d'une erreur de transmission commise par le transporteur ainsi que les conséquences de sa propre erreur. Une telle position paraît raisonnable et on peut partager l'opinion de l'éminent civiliste suivant lequel "il ne faut pas faire retomber les conséquences de l'erreur sur celui qui n'en est pas responsable ..." (9). Il n'en reste pas moins que l'émetteur, pas plus que le destinataire, n'est responsable (au sens courant du terme) d'une erreur dans la transmission effectuée par une technique qui lui échappe.

Sur un plan strictement juridique, nous réconcilions difficilement le principe suivant lequel l'émetteur supporte le risque d'une erreur de transmission, - ce qui amène une distorsion entre volonté réelle à l'émission et volonté déclarée à la réception - et le principe, admis en droit belge, qui fait prévaloir la première sur la seconde (10).

Quoiqu'il en soit, on fera bien de régler explicitement la question sur le plan contractuel.

Même admis, le principe selon lequel l'émetteur supporte le risque d'une erreur

de transmission doit être nuancé en fonction du type de document transmis : il est évident que la transmission par télécopie d'un ordre de virement ne dispense pas le banquier de l'obligation de vérification qui lui incombe en matière de virement incomplet ou erronément libellé (11).

Une technique de confirmation contribuera, sur le plan pratique, à limiter les hypothèses d'erreur, en tout cas pour ce qui est des numéros de comptes débités et crédités (qui comportent d'ailleurs des clés de contrôle).

3. Le risque issu de l'altération frauduleuse du document

Trois hypothèses sont possibles :

1. Fraude d'un membre du personnel du donneur d'ordre ou d'un tiers agissant dans les locaux du donneur d'ordre ayant accès au télécopieur. Cette hypothèse vise la fraude à l'émission du document.

2. Fraude lors de la transmission du document (lors du transport entre l'émetteur et la banque).

3. Fraude d'un membre du personnel de la banque ou d'un tiers à la réception du document initialement correct.

Nous rappelons d'abord les principes régissant les hypothèses ci-dessus avant d'envisager la mise en oeuvre pratique.

Si l'on raisonne sur l'hypothèse d'une télécopie de virement, deux principes, à notre avis difficilement conciliables, peuvent trouver à s'appliquer.

1°) Le principe déjà énoncé suivant lequel l'émetteur, dans la mesure où il choisit le mode de transmission, assume les risques afférents à la transmission du document, quitte à se retourner contre le transporteur en cas de faute de ce dernier, ce qui en pratique donnera peu de résultats étant donné l'exonération de responsabilité dont bénéficie la R.T.T.

2°) Le principe indiqué à l'article 1239 du Code civil applicable aux ordres de virement (à l'exception des bons de virement assimilés au chèque) suivant lequel "le paiement doit être fait au créancier, ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par la loi à recevoir pour lui".

En vertu du droit commun, c'est la banque qui supporte le risque de la perte de fonds suite à un ordre de virement faux ou falsifié : l'exécution en est inapposable au titulaire du compte qui a été débité suite à un paiement fait à une personne n'ayant pas pouvoir de recevoir (12).

Même si tout ou partie de la responsabilité peut être rejetée sur le client donneur d'ordre sur base d'une faute de sa part (ex. manque de surveillance de l'appareil), du mandat apparent ou de la responsabilité pour autrui (C.civ. 1384), la solution de principe n'en reste pas moins que le banquier supporte mal les conséquences de l'ordre faux. La banque par ailleurs reste naturellement tenue des fraudes (ou erreurs) de son personnel. Rappelons enfin l'obligation de vérification qui incombe à l'institution financière (cf. supra).

4. Conclusion

Sur le plan pratique, plusieurs questions se posent pour la banque.

1°) Comment éviter d'être tenu responsable des conséquences d'une fraude ou d'une erreur qui ne lui est pas imputable ?

2°) Comment prouver que la fraude ou l'erreur ne lui est pas imputable ?

La solution la plus sûre passe par une convention à conclure entre l'institution financière et son donneur d'ordre affirmant :

- que l'institution financière ne supporte pas les conséquences d'erreurs ou de fraudes dans les documents transmis par télécopie, sauf si le client démontre que l'erreur ou la fraude émane de l'institution financière ;

- que le client et l'institution financière acceptent que le document tel qu'il est reçu dans les locaux de cette dernière constitue la seule base pour l'exécution des ordres. L'institution financière demeure par ailleurs responsable des modifications subséquentes apportées au document.

Enfin, il importe de préciser que même si une telle convention est conclue, il est à déconseiller, du point de vue de l'institution financière, d'accepter d'exécuter un ordre sur base de la copie d'un effet de commerce endossable (ex. : un chèque).

* Texte d'une étude réalisée à la demande des Services Interbancaires s.a. et présentée le 10 juin 1988.

(1) R. Dekkers, *Précis de droit civil belge*, tome II, Bruylant, Bruxelles, 1955, p. 398.

(2) J. Van Rijn et J. Heenen, *Principes de droit commercial*, Tome III, Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 58-59.

(3) A ce sujet, voir B. Amory et Y. Pouillet, *Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique*, *Revue internationale de droit comparé* n° 2, 1985, p. 331 à 352.

(4) Cfr. J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de*

droit civil, Introduction générale, Tome I, 2e éd., n° 643.

(5) Cfr D. Syx, *Noor nieuwe vormen van handtekening ? Het probleem van de handtekening in het elektronisch geld verkeer*, Kredietbank, 30 augustus 1985, n° 10 et M. Fontaine, *La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles*, Colloque UCL, février 1987.

(6) Voir à ce sujet, B. Amory et X. Thunis, *Dématérialisation, authentification et responsabilité*, in *Les transactions internationales assistées par ordinateur*, Paris, Litec 1987, p. 71 et s.

(7) H. De Page, *Traité élémentaire de droit*

civil belge, Tome II, 1964, n° 543.

(8) H. De Page, *ibid.*, n° 543.

(9) H. De Page, *ibid.*, n° 543.

(10) A condition que l'émetteur prouve sa volonté réelle. Pour une application de ces principes, voir B. Amory et M. Schouss, *La formation de contrats par des moyens électroniques*, *Droit de l'Informatique*, 1987/4, p. 208.

(11) Pour plus de détails sur ce cas spécifique, voir A. Bruyneel, *Le virement*, in *La Banque dans la vie quotidienne*, Editions du Jeune Barreau, 1986, p. 430.

(12) Cfr. pour plus de détails, A. Bruyneel, *op.cit.*, pp. 419 et s.

INFORMATIQUE ET DROIT DE LA PREUVE

Travaux de
l'A.F.D.I.
sous la direction de
Xavier Linant de Bellefonds

Préface de
Alain Madelin

